



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 229.810 - SP (2011/0312188-6)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO LOPES DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIS CARLOS RODRIGUES
PACIENTE : ADRIANO APARECIDO RIBEIRO
PACIENTE : MIGUEL TEIXEIRA CRUZ

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. *WRIT*. SUBSTITUTIVO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA N. 443 DO STF. REGIME INICIAL FECHADO. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes. Súmula n. 443 do STJ.

2. As instâncias antecedentes elevaram a sanção, acima do mínimo legal permitido, ante a presença de duas circunstâncias majorantes. Contudo, não registraram elementos relacionados às majorantes (número de agentes, ocorrência de disparo, emprego de várias armas ou armas de grosso calibre etc) que, nos termos do pensamento majoritário da Sexta Turma, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido. Ressalva de entendimento do relator.

3. Fixada a quantidade da sanção devida a quem, comprovadamente, violou a norma penal, compete ao juízo natural da causa indicar, de maneira motivada e com base nos dados concretos dos autos, qual o regime inicial adequado para o cumprimento da reprimenda, não sendo possível coarctar-lhe a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, indiquem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal.

4. O Tribunal de origem, ao optar pelo regime mais gravoso, fez



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

observar que o roubo foi praticado com emprego de arma de fogo, mas não apontou elemento dos autos (como o *modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de fixação do modo inicial fechado. Ressalva de entendimento do relator.

5. A ausência de peculiaridades específicas do roubo majorado nulifica a imposição de regime prisional mais gravoso, por violação dos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir ao mínimo legal (1/3) o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria, resultando a pena definitiva dos pacientes em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, a ser cumprida no regime inicial semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de dezembro de 2015

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 229.810 - SP (2011/0312188-6)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : BRUNO LOPES DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO E OUTROS

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : LUIS CARLOS RODRIGUES

PACIENTE : ADRIANO APARECIDO RIBEIRO

PACIENTE : MIGUEL TEIXEIRA CRUZ

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

LUIS CARLOS RODRIGUES, ADRIANO APARECIDO RIBEIRO e MIGUEL TEIXEIRA CRUZ, pacientes neste habeas corpus, estariam sofrendo coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que deu provimento à Apelação Criminal n. 1049778-3/0.

Os pacientes, absolvidos em primeira instância, foram condenados pela Corte estadual às penas de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 13 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal.

Nesta Corte, a Defensoria Pública argumenta que o Tribunal *a quo* exasperou a reprimenda, na terceira fase da dosimetria, apenas com fulcro na quantidade de majorantes e que, diante do *quantum* de pena, deve ser estabelecido o regime inicial semiaberto.

Requer, liminarmente e no mérito, a redução do patamar de aumento na terceira fase da dosimetria e a fixação do regime inicial menos gravoso.

Indeferida a liminar (fl. 68) e prestadas as informações (fls. 86-138), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (fls. 141-147).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 229.810 - SP (2011/0312188-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. WRIT. SUBSTITUTIVO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA N. 443 DO STF. REGIME INICIAL FECHADO. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes. Súmula n. 443 do STJ.

2. As instâncias antecedentes elevaram a sanção, acima do mínimo legal permitido, ante a presença de duas circunstâncias majorantes. Contudo, não registraram elementos relacionados às majorantes (número de agentes, ocorrência de disparo, emprego de várias armas ou armas de grosso calibre etc) que, nos termos do pensamento majoritário da Sexta Turma, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido. Ressalva de entendimento do relator.

3. Fixada a quantidade da sanção devida a quem, comprovadamente, violou a norma penal, compete ao juízo natural da causa indicar, de maneira motivada e com base nos dados concretos dos autos, qual o regime inicial adequado para o cumprimento da reprimenda, não sendo possível coarctar-lhe a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, indiquem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal.

4. O Tribunal de origem, ao optar pelo regime mais gravoso, fez observar que o roubo foi praticado com emprego de arma de fogo, mas não apontou elemento dos autos (como o *modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de fixação do modo inicial fechado. Ressalva de entendimento do relator.

5. A ausência de peculiaridades específicas do roubo majorado nulifica a imposição de regime prisional mais gravoso, por violação dos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir ao mínimo legal (1/3) o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria, resultando a pena definitiva dos pacientes em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, a ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprida no regime inicial semiaberto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Admissibilidade

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.

Sob tais premissas, **identifico** suficientes razões, na espécie, para engendrar a concessão, *ex officio*, da ordem.

II. Contextualização

Os pacientes, absolvidos em primeira instância, foram condenados pelo Tribunal *a quo* às penas de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, e 13 dias-multa, por roubo duplamente circunstanciado. A reprimenda foi assim individualizada (fls. 37-38, grifei):

Atento ao que estabelece o artigo 59 do Código Penal os motivos as circunstancias, desconsiderando as personalidades dos réus demonstradas por passagens criminais anteriores, e o dolo intenso na conduta, porque todos jovens e com os antecedentes da mesma época destes fatos, conforme suas F.A.s juntadas no apenso, **fixo a pena base, para cada réu, no mínimo legal previsto para espécie roubo em 4 (quatro) anos de reclusão, mais 10 (dez) dias-multa**, com o valor diário fixado no mínimo legal previsto em 1/30 do salário mínimo vigente na época dos fatos, corrigidos, quando da efetiva liquidação, pelos índices oficiais da correção monetária.

Atenuantes, como a da menoridade, não autorizam diminuição da pena para baixo do mínimo legal.

Presentes **duas qualificadoras, agravo e elevo a pena base, observados os termos do § 2º, I e II, para 5 (cinco) anos e 6**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(seis) meses de reclusão e mantenho os 13 (treze) dias-multa, ainda com valor diário mínimo, porque o aumento da corporal foi pequeno a ponto de se fracionar e elevar também a multa, o que em favor dos réus, que são pessoas presumivelmente de poucas possibilidades financeiras.

Por que ausentes outras causas modificativas, consoante sistema trifásico de aplicação da pena, torno a reprimenda base em definitiva.

Não cabem penas alternativas porque crime cometido com grave ameaça contra a pessoa.

Tendo havido emprego de arma de fogo, estão, em tese, momentaneamente inaptos para o convívio social normal, aliás, com notícias de prisão atual nos autos, por outros processos, de modo que não fazem jus a benefícios como o "Sursis" ou as restritivas de direitos, aliás, já por critérios objetivos, dada a grave ameaça empregada contra as vítimas e a quantidade de pena. Por isso, observada a periculosidade demonstrada, a quantidade da pena, **o regime inicial para o cumprimento da reprimenda será FECHADO, o mais adequado para o alcance das finalidades da Lei, mormente pelo emprego de arma.**

Feito esse registro, passo a examinar as teses defensivas.

III. Terceira fase da dosimetria – não observância da Súmula n. 443 do STJ

Em minha concepção – **que não é acompanhada pela maioria da Sexta Turma** – atende ao critério da proporcionalidade das penas, bem como ao efeito dissuasório, punir o autor do roubo, quando presentes duas ou mais circunstâncias majorantes, com pena concretamente mais grave em relação à que caberia, *in thesis*, a outros perpetradores da subtração com apenas uma causa de aumento, tal qual se verificou no caso em exame.

Também considero justificado elevar a sanção, acima do mínimo legal permitido, ou fixar o regime prisional mais severo, quando o autor do roubo empunha arma de fogo, ante a maior potencialidade lesiva do crime, consoante me expressei no voto do HC n. 284.557/RJ, **em que remanesco vencido**, e no HC n. 278.175/SP, em que, com **ressalvas pessoais**, a 6ª Turma não conheceu do *writ*.

Entretanto, curvo-me ao posicionamento adotado pela Sexta Turma e ao parecer favorável do Ministério Público Federal, para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decidir que, na hipótese dos autos, houve flagrante ilegalidade. Isso porque o Tribunal *a quo* entendeu devida a exasperação da reprimenda em 3/8, tão somente com base na existência de duas majorantes do crime de roubo e no emprego de arma de fogo municionada, critério considerado ilegal, nos termos do pensamento majoritário deste colegiado.

Ilustrativamente, colaciono os seguintes julgados:

[...]

II - Tendo em vista o disposto no parágrafo único do art. 68 e do parágrafo 2º do art. 157, ambos do CP, **o aumento de pena, acima do patamar mínimo, pela ocorrência de duas majorantes específicas, deve ser motivado não apenas pela simples constatação da existência destas, como o foi na espécie, mas sim com base em dados concretos em que se evidenciou o fato criminoso** (Precedentes).

III - "O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes" (Enunciado nº 443 da súmula do STJ).

[...]

(RHC n. 51.597/SP, Rel. Ministro **Felix Fischer**, 5ª T., DJe 4/2/2015, destaquei.)

[...]

1. **Uma vez fixada fração acima da mínima legal sem fundamento idôneo, em razão da simples presença de duas majorantes – emprego de arma e concurso de agentes –, ou seja, pelo critério meramente matemático, fica configurado constrangimento ilegal, apto a justificar a concessão da ordem de ofício.**

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, já sumulado, inclusive, (Súmula 443/STJ): "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes".

[...]

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg HC n. 296.568/SP, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, 6ª T., DJe 21/10/2014, grifei.)

Assim, como não há, no acórdão impugnado, menção à circunstâncias que evidenciem a gravidade das majorantes, **o acréscimo de pena, na terceira etapa da dosimetria, deve ser operado na fração**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mínima.

IV. Nova dosimetria da pena

Caracterizada a coação ilegal, passo à readequação das penas.

A Corte de origem fixou a pena-base dos pacientes no mínimo legal, em **4 anos de reclusão e 10 dias-multa**.

Na segunda fase, não há agravantes e atenuantes, de forma que a reprimenda deve permanecer sem alteração.

Na terceira etapa, diante do reconhecimento de duas causas especiais de aumento de pena, exaspero as reprimendas no mínimo legal, de 1/3, de modo que devem ficar, definitivamente, estabelecidas em **5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa**.

V. Regime inicial

Quanto à almejada modificação do regime inicial para o semiaberto, cumpre enfatizar que esta Corte tem decidido que o modo inicial de cumprimento da pena não está vinculado, de forma absoluta, ao *quantum* de reprimenda imposto.

É dizer, para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as **diretrizes dos arts. 33 e 59**, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a **gravidade concreta** do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo *quantum* da pena (HC 279.272/SP, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T., DJe 25/11/2013; HC 265.367/SP, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5ª T., DJe 19/11/2013; HC 213.290/SP, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 4/11/2013; HC 148.130/MS, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 3/9/2012).

Na espécie, o Tribunal de origem justificou o regime inicial fechado de cumprimento de pena pelo emprego de arma de fogo para a prática delitiva.

Acerca da **maior potencialidade lesiva do crime de roubo praticado com arma de fogo**, vem-me à memória o que expressei no voto do HC 284.557/RJ, **em que remanescei vencido**, e no HC 278.175/SP, em que,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com **ressalvas pessoais**, a 6ª Turma não conheceu do *writ*.

Nessas ocasiões destaquei ser possível extrair-se a conclusão de que condutas consideradas, tanto pelo Direito Penal quanto pelo senso comum, como mais danosas à convivência humana, qual a de um **roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo**, hão de receber uma resposta penal **que não se iguale a outras de gravidade notoriamente menor**.

Também sublinhei o fracasso brasileiro na **evitação e na perseguição de crimes violentos, cometidos com o auxílio de arma de fogo**, motivo pelo qual os critérios de prevenção geral e especial servem como **critérios constitucionalmente legítimos de política criminal – implementados por meio dos critérios da dogmática penal** –, pois em conformidade com o dever de proteger não só os indivíduos, mas a própria comunhão social.

Porém, não tem sido esse o entendimento da Sexta Turma desta Corte em casos anteriormente julgados.

Entende-se que a ausência de peculiaridades específicas do roubo majorado pelo emprego de arma de fogo (arma de grosso calibre, ocorrência de disparo, pluralidade de armas etc.) nulifica a imposição de regime prisional mais gravoso, por violação dos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF. **Em respeito à maioria, portanto, reconheço o constrangimento ilegal objeto da impetração.**

Faço lembrar que o STJ entende que "faz *jus* o paciente ao regime semiaberto, na medida em que se trata de réu primário, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, porquanto favoráveis todas as circunstâncias judiciais, sendo a pena definitiva de reclusão superior a 04 e inferior a 08 anos de reclusão" (HC n. 216.266/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, 6ª T., DJe 30/10/2012).

Verifico, portanto, **estar presente o apontado constrangimento ilegal**, pois o Tribunal de origem, ao fazer a opção pelo regime mais gravoso, fez observar que o crime foi praticado com emprego de arma de fogo, mas não apontou elemento dos autos (como o *modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de fixação do modo inicialmente mais gravoso.

Dessa forma, ante a ausência de fundamentação idônea, os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pacientes, primários, sem registro de circunstância judicial desfavorável e condenados a 5 anos e 4 meses de reclusão, devem cumprir a pena em regime inicial semiaberto, a teor do art. 33, § 2º, "b" e § 3º, do CP.

VI. Dispositivo

À vista de todo o exposto, **não conheço do habeas corpus**, por entender inadequado o uso do *writ* substitutivo do meio impugnativo próprio. No entanto, dada a evidência da coação ilegal apontada, no tocante à dosimetria da pena, **concedo a ordem, de ofício, para reduzir ao mínimo legal (1/3) o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria**, resultando a pena definitiva dos pacientes em **5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, a ser cumprida no regime inicial semiaberto**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0312188-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 229.810 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10497783 6952004 993070551755

EM MESA

JULGADO: 01/12/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: BRUNO LOPES DE OLIVEIRA - DEFENSOR PÚBLICO E OUTROS
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: LUIS CARLOS RODRIGUES
PACIENTE	: ADRIANO APARECIDO RIBEIRO
PACIENTE	: MIGUEL TEIXEIRA CRUZ

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com ressalva de entendimento do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.